

## LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y EL RÉGIMEN JURÍDICO-ADMINISTRATIVO\*

EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA

Profesor Adjunto de Derecho Administrativo  
Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Crónica Jurídica Hispalense 15 • Págs. 129 a 139

### SUMARIO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. NEOCONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIONALIZACIÓN. III. CONSTITUCIONALIZACIÓN Y RÉGIMEN ADMINISTRATIVO. IV. RELECTURA DE LOS PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS. V. CONCLUSIONES.

**Resumen:** El presente estudio investiga en qué medida el fenómeno de la constitucionalización del Derecho administrativo promueve una relectura de los principios fundamentales de la materia desde la óptica de la Constitución, ayudando a la reestructuración dogmática del papel central ocupado por el hombre en el ordenamiento jurídico y de la dimensión material de la democracia, con una modificación sustancial de la relación entre Administración y administrado.

**Abstract:** This study researches to what extent the phenomenon of constitutionalization of administrative law promotes a re-reading of the fundamental principles of the matter from the perspective of the Constitution, helping to dogmatically restructure the central role occupied by individuals in the legal system and the material dimension of democracy, with a substantial change in the relationship between administration and administered.

\* Traducción y notas aclaratorias realizadas por MARÍA DE LOS ÁNGELES FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla.

**Palabras clave:** Constitucionalización, régimen administrativo.

**Keywords:** Constitutionalisation, administrative regime.

**Fecha recepción original:** 30/09/2017

**Fecha aceptación:** 15/10/2017

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La dogmática administrativa, de origen real y basada en un patrón burocrático, se estructura sobre las inconsistencias lógico-conceptuales oriundas de una tradición autoritaria, jerarquizada e ineficiente, que, a destiempo de las transformaciones ocurridas en la sociedad, imponen una revisión de las premisas teóricas estructurales de la disciplina<sup>1</sup>.

La crisis del Estado Social marcada por la imposibilidad de atención de las complejas demandas sociales y el creciente desequilibrio de las finanzas públicas ocasiona la inviabilidad de la burocracia como modelo de gestión inoperante y económicamente insostenible para la atención del interés público y para la adecuación de las viejas categorías administrativas a las nuevas expectativas sociales.

Las deficiencias y las falencias del proceso político mayoritario consecuencia de la transformación del proceso democrático hacia un proceso electivo con predominio persistente de la ineficiencia, corrupción y clientelismo en la gestión pública, y del creciente desinterés por la participación política, aumenta el debilitamiento de la ciudadanía y conduce a un déficit de la legitimidad ciudadana en la actuación administrativa.

La emersión de la globalización expresada en la integración económica y la expansión del conocimiento y de la técnica, mediante el flujo de transferencia de informaciones y la difusión de nuevas formas de tecnología y medios de comunicación refuerza la crisis de gobernabilidad estatal e impone el advenimiento de transformaciones en la Administración Pública.

En este contexto, el surgimiento del Estado Constitucional de Derecho con el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y la irradiación por el ordenamiento jurídico de las reglas y principios fundamentales, convergen con estos fenómenos, en la deconstrucción de viejos paradigmas y proposiciones de nuevos prototipos, que exteriorizan la formación de un modelo administrativo posmoderno.

1. Ante la crisis teórica del Derecho Administrativo, se inicia un movimiento doctrinal de amplia revisión de las categorías y figuras administrativas, formado entre otros por: D. MOREIRA NETO, *Legitimidade e Discricionariedade*. 3 ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998; E. GRAU, «A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica», *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1990; M. DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas*, Atlas, São Paulo, 1999; D. MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Administrativo*. 2 ed. atual e ampla, Renovar, Rio de Janeiro, 2001; M. SOUTO, *Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulações*, 4 ed rev, atual e ampla, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2001; A. ARAGÃO, *Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 2002; P. BAPTISTA, *Transformações do Direito Administrativo*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003; G. BINENBOJM, *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006.

En el ámbito del régimen administrativo, el proceso de filtración constitucional promueve la relectura de los principios de la materia bajo la óptica de la norma fundamental ayudando en la reestructuración dogmática del papel central ocupado por el hombre en el ordenamiento jurídico y la dimensión sustantiva de la democracia, que modifican sustancialmente la relación entre la Administración y los administrados.

Desde este prisma, el presente trabajo pretende investigar las transformaciones promovidas por el fenómeno de la constitucionalización del Derecho en el régimen administrativo, para definir las alteraciones en el contenido axiológico del principio de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia y sus respectivos efectos sobre la actividad administrativa.

En principio, el análisis se concentra en el advenimiento del *neoconstitucionalismo* y de sus elementos comunes, para extraer entre los paradigmas producidos en el campo de la dogmática, teoría y práctica jurídica, el fenómeno de irradiación de las reglas y principios constitucionales en el ordenamiento jurídico, delimitando sus requisitos, características y efectos producidos en algunas ramas del ordenamiento jurídico.

A continuación, se aborda el estudio de la constitucionalización del Derecho Administrativo centrándose en la investigación de las transformaciones ocurridas en los pilares fundamentales del régimen administrativo —supremacía del interés público y discrecionalidad administrativa— y en la reorientación de las relaciones entre Administración Pública e individuos, en razón de la supresión de los derechos fundamentales.

Por último, sentadas las premisas necesarias para el presente debate, el estudio aborda los cambios paradigmáticos de la filtración constitucional en el marco de los principios generales administrativos, que transforman la legalidad restringida en juridicidad amplia, la impersonalidad en neutralidad, convergen la moralidad de la conducta en la ética de los derechos, la publicidad en transparencia y conllevan el postulado de la eficiencia en el deber de efectividad.

En este sentido, se utiliza como metodología de este trabajo, la crítica dialéctica, como medio de investigación, y los estudios doctrinales (tanto bibliografía jurídica nacional como extranjera), apoyada en los principales exponentes del Derecho Público, así como de aquellas ramas del Derecho Privado necesarias para la fundamentación debido a su gran valía doctrinal.

## II. NEOCONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIONALIZACIÓN

Como consecuencia del fin de la segunda Guerra Mundial en Europa y del advenimiento del proceso de redemocratización de Brasil, se observan una serie de transformaciones en la forma de organización política y jurídica estatal que marcan la venida del Estado Constitucional de Derecho y el ascenso de los pilares fundamentales del constitucionalismo contemporáneo<sup>2</sup>.

2. Como marco normativo, ha de tenerse en cuenta la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn en Alemania y la Constitución de Italia, y la posterior aprobación de las cartas fundamentales de Portugal y España. El fenómeno se extiende más allá del viejo continente, a Brasil con el fin de la dictadura militar y la edición de la

Con la designación de neoconstitucionalismo quedan comprendidas distintas vertientes<sup>3</sup> que consolidan nuevos paradigmas del fenómeno político-jurídico produciendo cambios en la comprensión del Derecho en el campo de la *dogmática, la teoría y la práctica jurídica*, garantizando la creciente reaproximación entre el Derecho y los valores de la ética y la justicia, en contraposición al distanciamiento del modelo anterior<sup>4</sup>.

En la vertiente de la dogmática, el neoconstitucionalismo implica el proceso de ampliación del elenco de derechos fundamentales en los textos constitucionales, con el reconocimiento más allá de su dimensión subjetiva de la protección de situaciones individuales frente al poder público y de los particulares, desde su ángulo objetivo representando la consagración del orden objetivo de los valores esenciales en la sociedad<sup>5</sup>.

Con la expansión de la jurisdicción constitucional, mediante la ampliación del abanico de legitimados para la proposición de las acciones de control de constitucionalidad y la creación de nuevos instrumentos de control concentrado, se garantiza la preservación de los derechos fundamentales del proceso político mayoritario reservando su tutela al Poder Judicial<sup>6</sup>.

En el campo de la *práctica judicial*, el fenómeno se refiere a la reelaboración de la interpretación constitucional con el redimensionamiento de la norma jurídica como indicadora sólo de los elementos iniciales para la solución del problema, la asunción de los hechos como instrumento de delimitación de los resultados posibles y el intérprete como uno de los sujetos que participa en el proceso de creación del Derecho<sup>7</sup>.

---

Constitución de la República, el ambiente propicio para la garantía de la estabilidad institucional y la aplicabilidad de las normas constitucionales. Sobre el tema: M. CARBONELL, *Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo*, en Carbonell, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*, 1 ed., Trotta, Madrid, 2003, pág. 9; L. BARROSO, *Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio no Direito Constitucional no Brasil*, Sarmento, Daniel e Souza Neto, Cláudio Pereira de (Orgs). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, pág. 205.

3. Por lo tanto, comprende las teorías de Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchís, Carlos Nino, Robert Alexy, Ronald Dworkin entre otros. Sobre las distintas perspectivas teóricas y sus características comunes, véase por todos: S. POZZOLO, *Neoconstitucionalismo y Especificidad de La Interpretación Constitucional*, Doxa, 21-II (1998), págs. 340 y ss.

4. Como punto de partida para este breve estudio del fenómeno, se adoptan los análisis propuestos por Miguel Carbonell, mediante el abordaje de las transformaciones ocurridas en las Constituciones, en las prácticas judiciales y en el desarrollo teórico de los modelos constitucionales. M. CARBONELL, *Neoconstitucionalismo: Elementos para una definición*, en Moreira, Eduardo Ribeiro e M. Pugliesi, *20 Anos da Constituição Brasileira*, Editora Saraiva, São Paulo, 2009, págs. 197-208.

5. Se vincula la dimensión objetiva a la comprensión de que los derechos fundamentales consagran los valores más importantes de la comunidad política potenciando su irradiación a todos los campos del Derecho, y su eficacia como fines o valores comunitarios sobre una infinidad de relaciones jurídicas. D. SARMENTO, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, pág. 371.

6. Se inserta, por lo tanto, el ejercicio de la jurisdicción constitucional orgánica y de las libertades en el complejo de mecanismos de naturaleza normativa, institucional o procesal tendientes a asegurar la plena realización de los derechos fundamentales. R. COELHO, *Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais*, 1 ed., Ordem dos Advogados do Brasil, Brasília, 2005, pág. 34.

7. Se cambia el papel del Poder Judicial que pasa a tener la competencia amplia para invalidar actos legislativos y administrativos considerados como inconstitucionales e interpretar las normas jurídicas a la luz de la Consti-



Además, busca la definición de métodos interpretativos más flexibles y compatibles con las hipótesis donde hay incidencia multidimensional de normas jurídicas y complejidad de los hechos en cuestión, permitiendo mediante concesiones recíprocas la preservación de los bienes e intereses en juego y la definición del derecho presente en cada caso, siempre reconduciendo al sistema jurídico y la concordancia práctica<sup>8</sup>.

En la vertiente de la teoría jurídica, el neoconstitucionalismo reconoce la fuerza normativa de la Constitución, rompiendo con la concepción de la ley fundamental como un mero documento político que dirige la actuación de los poderes públicos. Al atribuir el *status* de norma jurídica establece límites e impone deberes de actuación para el Estado<sup>9 y 10</sup>.

Defiende, además, la posición central asumida por los derechos fundamentales en el sistema jurídico, instituyendo un orden objetivo de valores e irradiando su fuerza normativa por todo el ordenamiento, condicionando la interpretación de las normas y figuras de las ramas jurídicas y vinculando la actuación de los poderes públicos<sup>11</sup>.

Como consecuencia, con la expansión de la jurisdicción constitucional, el Poder Judicial asume un nuevo papel en la defensa de los derechos fundamentales, que unido al aumento de la demanda social de justicia y la recuperación de las garantías institucionales, ocasiona su ascenso político-institucional y la expresiva judicialización de las cuestiones políticas y sociales<sup>12</sup>.

---

tución, con el llenado de las antinomias y lagunas. L. FERRAJOLI, «Pasado y futuro del estado de Derecho», en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit. pág. 18.

8. El empleo de la técnica legislativa de conceptos jurídicos indeterminados dotados de mayor elasticidad y textura abierta y el reconocimiento de la fuerza normativa de los principios con menor densidad jurídica, se dificulta que el intérprete extraiga de las normas en abstracto los elementos necesarios para su aplicación, sujetándose a sus valoraciones y, de acuerdo con el criterio de las decisiones que se adopten. Sobre el tema: J. REIS, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006. En especial capítulo III.

9. Una de las obras precursoras sobre el tema es *A Força Normativa da Constituição* de Konrad Hesse pronunciada en su lección inaugural en la cátedra de la Universidad de Freiburg. Según el autor, la norma constitucional no tiene existencia autónoma frente a la realidad, pero tampoco se limita al reflejo de las condiciones fácticas: su esencia reside en la pretensión de eficacia, de su concreción en la realidad imponiendo orden. K. HESSE, *A Força Normativa da Constituição*, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991, págs. 14-15.

10. En nuestra experiencia constitucional antes restringida a las Constituciones garantistas que tutelaban las libertades formales como repositorios de promesas vagas significa la interrupción del ciclo inicial de baja normatividad de las disposiciones que guían los derechos fundamentales, en especial, de las normas que declaraban los derechos sociales, con el reconocimiento de la aplicabilidad directa e inmediata de sus preceptos. Sobre el tema: L. BARROSO, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, 7 ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2003. En especial Capítulo IV.

11. Los derechos fundamentales, por lo tanto, presentan un doble significado: como vínculos axiológicos, que condicionan la validez material de las normas producidas y en cuanto fines que orientan el Estado Constitucional de Derecho. L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 1 ed., Trotta, Madrid, 1999, pág. 22.

12. Corresponde a la llamada omnipotencia judicial, derivada de la comprensión que siendo la Constitución una norma jurídica presente en todo tipo de conflicto, en razón de su denso contenido material, la gran mayoría de las cuestiones de la vida social y política se someten al control por el Poder Judicial. L. P. SANCHÍS, «Neoconstitucionalismo Y Ponderación Judicial», en CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismos*, ob. cit., pág. 122.

Del reconocimiento de la supremacía axiológica de la Constitución y del nuevo *status* de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, deriva un proceso de aprehensión del sistema bajo la óptica de la Constitución con el objetivo de respetar los bienes y valores fundamentales transmitidos, en un proceso denominado «constitucionalización del Derecho»<sup>13</sup>.

El fenómeno se corresponde, por lo tanto, con la transformación del ordenamiento jurídico oriundo de su impregnación por las normas constitucionales, que pasan a redimensionar las actividades legislativa, judicial y doctrinal, teniendo en cuenta el nuevo papel central asumido por la Constitución en las relaciones con los poderes públicos y con la sociedad.

En el marco de la legislación, abarca la limitación del espacio de conformación del Poder Legislativo, suprimiendo de su esfera de libertad la definición de los bienes e intereses a ser perseguidos, reservando a éste precipitadamente la elección de los medios necesarios para la concreción de los fines y objetivos anhelados por la sociedad y transmitidos por la Constitución<sup>14</sup>.

En el campo de la jurisprudencia, implica la ampliación de la competencia del Poder Judicial que conlleva el poder-deber de aplicar los preceptos constitucionales, que acarrea la posibilidad de invalidación de los actos emanados por los poderes públicos u originarios de los particulares a través de la interpretación creativa de las normas jurídicas a la luz de la Constitución<sup>15</sup>.

En el ámbito de la doctrina, incluye la relectura de los preceptos e institutos de las distintas ramas jurídicas con la reconducción de sus fundamentos axiológicos a las normas constitucionales y la alineación de su contenido normativo como revelación de los preceptos fundamentales transmitidos por la Constitución garantizando la superioridad de sus normas y la realización de los valores de la sociedad<sup>16</sup>.

Aunque la constitucionalización del Derecho se deriva principalmente del reconocimiento de la fuerza vinculante de los preceptos constitucionales y del papel central de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, para que opere

---

13. La fuerza irradiante de la Constitución, por lo tanto, no se limitó a la reconstrucción dinámica de sus propios enunciados de la norma en una especie previsible de autoalimentación constitutiva, sino que se proyectó para todo el sistema jurídico, revisando el sistema de fuentes y reestructurando sus pilares deontológicos. J. SAMPAIO, «Mito e História da Constituição: Prenúncios Sobre a Constitucionalização do Direito», en Souza Neto, Cláudio Pereira e Sarmento, Daniel, *A Constitucionalização*, ob. cit., pág. 200.

14. En el Estado Constitucional de Derecho la Constitución no sólo regula las formas de producción legislativa, sino que impone también el contenido de las leyes, adecuados a los bienes e intereses fundamentales que reflejan las normas constitucionales, garantizando límites a los poderes de la mayoría. L. FERRAJOLI, ob. cit., págs. 18-19.

15. Cuando el Poder Judicial desempeña una función creadora del Derecho en su sentido estricto, con la interpretación creativa de la Constitución no importa su desvinculación de la ley como propuesta por el Derecho Libre, sino el empleo de normas constitucionales capaces de imprimir mayor determinación frente al contenido vago, inconcreto de la legislación. L. P. SANCHÍS, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, págs. 129-131.

16. En este ámbito, la Constitución corresponde a un centro de convergencia, que condiciona los contenidos de producción del Derecho, sujetos a heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales, a los principios y valores constitucionales superiores sobre los que existe un consenso social suficientemente amplio. G. ZAGREBELSKY, *El Derecho Dúctil: ley, derechos y justicia*, 4 ed., Trotta, Madrid, 2002, págs. 14 y 39-40.

la completa impregnación del ordenamiento jurídico por las normas constitucionales, se hace necesario el cumplimiento de otras condiciones<sup>17</sup>.

En principio, se impone la existencia de una Constitución rígida; rigidez obtenida a través de la previsión de un procedimiento de modificación de las normas constitucionales distinto del proceso ordinario de formación de las leyes, que garantice la distinción de niveles jerárquicos normativos en el ordenamiento jurídico y la preeminencia de los preceptos constitucionales sobre las demás normas jurídicas<sup>18</sup>.

En este contexto, se demuestra que es esencial la creación de un mecanismo de garantía de la Constitución capaz de preservar la jerarquía de sus preceptos exteriorizada en la previsión de uno o más órganos políticos o judiciales encargados de ejercer el control de conformidad de las leyes y actos normativos emanados por los poderes públicos con las normas constitucionales<sup>19</sup>.

Ello implica que toda decisión legislativa está guiada por normas constitucionales, idóneas, por lo tanto, para regular de forma explícita o implícita cualquier aspecto de la vida política y social. Esto es a su vez relevante para el reconocimiento de la inexistencia de cualquier cuestión que no esté sujeta al control de constitucionalidad con la Constitución<sup>20</sup>.

En la hermenéutica constitucional, abarca el empleo de la técnica de elección entre las distintas formas de interpretación capaz de armonizar el contenido de la ley con la Constitución, para preservar el principio mayoritario, evitando la contrariedad con las normas constitucionales y garantizando el mantenimiento de la validez de la ley<sup>21</sup>.

17. Se adopta el modelo propuesto por Riccardo Guastini donde se consideran ciertas condiciones para que un ordenamiento jurídico pueda ser considerado completamente impregnado por las normas constitucionales. R. GUASTINI, «La Constitucionalización Del Ordenamiento Jurídico», en Carbonell, Miguel (Coord.) *Neoconstitucionalismo(s)*, ob. cit., págs. 50-56.

18. En este orden de ideas, la constitucionalización se presentará más acentuada en los ordenamientos jurídicos marcados por la rigidez, o sea, por la existencia de un núcleo inmodificable del texto constitucional, formado por preceptos no son sujetos a procedimiento de modificación, en consecuencia, de su estatus político o carga valorativa. O. VIEIRA, *A Constituição e sua Reserva de Justiça: Um Ensaio Sobre Os Limites Materiais Ao Poder de Reforma*, Malheiros, São Paulo, 1999.

19. Entre los variados sistemas de control de constitucionalidad, se destaca el modelo francés de control concentrado y preventivo ejercido por un órgano político y americano de control abstracto y preventivo ejercido por órgano judicial. El modelo brasileño es ecléctico adoptando todas las especies y modalidades admitidas en el Derecho Comparado. Sobre el tema véase: M. CAPPELLETTI, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, 1 ed., Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre, 1984.

20. Esto no significa desconsiderar que existen cuestiones de naturaleza política sujetas al principio mayoritario, sin embargo, implica comprender que existen otros principios a ser preservados en el orden constitucional. Es responsabilidad del Poder Judicial, por tanto, resguardar el proceso democrático y promover los valores fundamentales constitucionales, así como asegurar la libertad institucional. L. R. BARROSO, «Dez Anos da Constituição Brasileira de 1988», *Revista de Direito Administrativo*, 214.

21. Corresponde a la llamada interpretación conforme a la constitución que implica la duda en relación a la constitucionalidad de una norma jurídica plurisignificativa en virtud de la cual el órgano debe eliminar las opciones incompatibles con el ordenamiento jurídico, optando por la interpretación que se demuestre en consonancia con la Constitución, mediante la reducción del contenido normativo siempre que no afecte a la expresión literal de la norma. G. F. MENDES, «Controle de Constitucionalidade na Alemanha: A Declaração de Nulidade da Lei Inconstitucional, a Interpretação Conforme à Constituição e a Declaração de Constitucionalidade da Lei na Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã», en *Revista de Direito Administrativo*, 193 (1993), págs. 22-27.

Por último, incluye la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, evaluada a través de la atribución a los órganos de control de constitucionalidad de la resolución de conflictos de competencia relativa al ejercicio del poder estatal, del control del ejercicio de la discrecionalidad legislativa por el Poder Judicial y del empleo de normas constitucionales en la argumentación de los actores políticos<sup>22</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, el fenómeno de constitucionalización se inicia con la promulgación de la Constitución de la República de 1988, en un proceso que resultó en su desplazamiento hacia el eje central del sistema jurídico y el reconocimiento de su supremacía axiológica, potenciada por la erradicación de aquellos factores mencionados<sup>23</sup>.

En el marco de una experiencia constitucional marcada por una inflación legislativa y una inseguridad normativa<sup>24</sup>, donde las Constituciones garantistas tutelaban las libertades formales como repositorios de promesas vagas, la difusión de un amplio elenco de derechos fundamentales y su inserción entre las restricciones al poder de reforma, destaca la rigidez de la Constitución<sup>25</sup>.

La previsión exhaustiva de los bienes e intereses sociales en la ley fundamental produjo la sustracción del alcance del legislador de distintas cuestiones de la vida política y social, que pasaron a encontrar fundamentos inmediatos en las normas constitucionales sujetándose, por lo tanto, al control de adecuación con la ley fundamental<sup>26</sup>.

En este punto, la expansión de la jurisdicción constitucional, mediante la creación de nuevos mecanismos de control de constitucionalidad y la ampliación del elenco de legitimados activos para la interposición de las acciones abstractas, garantizó la

---

22. Corresponde a los efectos políticos producidos por la constitucionalización sobre las relaciones entre los poderes estatales, entre las cuales se destaca el protagonismo ocupado por el Poder Judicial, que es objeto de críticas ya que podría generar la judicialización, esto es, la transferencia de las decisiones políticas de los representantes elegidos a los jueces. Sobre el tema: D. SARMENTO, «O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades», en D. Sarmento (Coord.), *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, págs. 133-139.

23. En este contexto, realiza un idéntico movimiento translativo ocurrido en Alemania donde bajo la égida de la Ley Fundamental de 1949 y consagrando el desarrollo doctrinal, el Tribunal Constitucional Federal asienta que los derechos fundamentales instituyen un orden objetivo de valores, condicionando la interpretación de todas las normas y vinculando a los poderes públicos.

24. No fue inusual la existencia formal de Constituciones que invocaron lo que no estaba presente, afirmaban lo que no era verdad y prometían lo que no sería cumplido. Así, por ejemplo, la Constitución de 1969 garantizaba los derechos a la integridad física y la vida, con las prisiones ilegales, la tortura y la desaparición de personas en la dictadura. L. BARROSO, *O direito constitucional*, ob. cit., pág. 61.

25. Se acentúa el proceso de constitucionalización en los ordenamientos donde además de la previsión de un procedimiento especial de modificación de las normas constitucionales, existen principios constitucionales no sujetos a la reforma por el poder constituyente derivado. Esto ocurre en nuestro ordenamiento jurídico donde está previsto más allá de un proceso legislativo específico (artículo 60) principios sensibles que no pueden ser objeto de deliberación de propuesta de enmienda (artículo 60 §4.º todos de la Constitución). R. GUASTINI, ob. cit., pág. 51.

26. El reconocimiento en el texto constitucional de innumerables principios vagos, incluso, algunos de dudosa legitimidad constitucional, dotados de fuerte carga axiológica y poder de irradiación, favorecieron el proceso de constitucionalización del Derecho. D. SARMENTO, *O Neoconstitucionalismo*, ob. cit., pág. 125.

protección de las normas constitucionales y la preservación de su jerarquía mediante actuación por el Poder Judicial<sup>27</sup>.

Por ello, la ampliación de la competencia del Poder Judicial para el control de constitucionalidad de los actos emanados por los poderes públicos y el creciente ejercicio de las acciones abstractas por los actores políticos y sociales, permitió un proceso de judicialización de la política, que amplía la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas<sup>28</sup>.

La necesidad de reelaboración doctrinal de la hermenéutica constitucional para resguardar el proceso democrático y la estabilidad institucional en la promoción de los valores fundamentales conduce a la interpretación de la ley conforme a la Constitución cuando sea posible, evitando la contrariedad con sus preceptos y garantizando el mantenimiento de la validez de la norma<sup>29</sup>.

Desde el punto de vista administrativo, la asunción por la Constitución del epicentro del orden jurídico representa la fuerza motriz de consolidación de los cambios que ha sufrido el Derecho Administrativo con la impregnación de sus institutos, normas y categorías administrativas por los principios y reglas fundamentales, además de generar su reaproximación con el Derecho constitucional<sup>30</sup>.

En este contexto, la constitucionalización del Derecho Administrativo, opera en un escenario donde la tesitura constitucional y las transformaciones sufridas por el Estado, convergen con la irradiación de las reglas y principios fundamentales, para la formación de un modelo administrativo postmoderno a través de la deconstrucción de viejos paradigmas y proposiciones de nuevos prototipos. El tema se abordará a continuación.

### III. CONSTITUCIONALIZACIÓN Y RÉGIMEN ADMINISTRATIVO

Bajo la égida del Estado Constitucional de Derecho se sujetan los poderes públicos a un complejo de normas que emergen de la matriz constitucional para disciplinar

27. Se amplía el objeto y el alcance de la jurisdicción constitucional a través de la ampliación del elenco de legitimados activos para la proposición de la acción directa de inconstitucionalidad (artículo 103 inciso I a IX), de la creación del control de inconstitucionalidad por omisión (artículo 103 § 2.º) la acción directa y el mandamiento de requerimiento (artículo 102 «q»), de la previsión de la argumentación de incumplimiento de precepto fundamental (artículo 102 §1.º) entre otros.

28. Como ejemplos pueden citarse las decisiones del Tribunal Supremo Federal en cuanto a los límites de investigación de las Comisiones Parlamentarias, la fidelidad partidaria, la Reforma de la Previdencia y la Reforma del Poder Judicial. En cuanto a los derechos fundamentales puede observarse la interrupción de la gestación de fetos inviables, las investigaciones con células madre embrionarias y las políticas públicas de distribución de medicamentos.

29. Corresponde al Poder Judicial preservar las condiciones esenciales de funcionamiento del Estado Democrático mediante la tutela de los principios fundamentales y los procedimientos adecuados a la participación y deliberación, Sobre el tema: C. SOUZA NETO, *Jurisdição, Democracia e Racionalidade Prática*, Renovar, Rio de Janeiro, 2002.

30. El Derecho administrativo ha experimentado a lo largo de su recorrido histórico un proceso de desprendimiento del Derecho constitucional, que ha contribuido a la formación de categorías, institutos y principios propios de cierta forma ajenos a las sucesivas mutaciones constitucionales. Con la constitucionalización del Derecho administrativo, éste se somete a una relectura por la óptica constitucional. G. BINENBOJM, *Temas de Direito Constitucional e Administrativo*, Renovar, Rio de Janeiro, 2008, págs. 24-25.

sus actividades, imponiéndole límites y deberes de actuación en un régimen propio y adecuado a un sistema abierto y sensible a las mutaciones del núcleo social donde figura en el vértice la Constitución.

El régimen administrativo establece el punto nuclear de convergencia y articulación de las reglas y principios que rigen la actividad de la Administración Pública, resultante de la caracterización normativa de los bienes e intereses peculiares y pertinentes de la sociedad y de la imposición de cargas y concesión de prerrogativas que la conforman adecuadamente para el cumplimiento efectivo de sus fines<sup>31</sup>.

El Derecho administrativo encontró su construcción teórica en las decisiones de la jurisdicción administrativa francesa, que disociaba la actuación jurisdiccional y sujetaba a la Administración a la voluntad heterónoma de la ley. Sin embargo, a pesar del origen liberal y la función de limitación del poder estatal, la Administración era inmune al control por los demás poderes públicos o por la sociedad<sup>32</sup>.

Se estructuró, por lo tanto, la dogmática administrativa basándose en premisas teóricas que reflejaban la tensión dialéctica entre la lógica de la autoridad –exteriorizada en la continuidad y preservación de las instituciones– y la lógica de la libertad –ante la promoción de las conquistas liberales y democráticas, el instrumento normativo de mantenimiento de la parcialidad y desigualdad que componían el *statu quo*<sup>33</sup>.

En este contexto, el régimen administrativo moderno se erigió tomando como uno de sus pilares fundamentales, el polisémico concepto de interés público con el dogma de su supremacía abstracta e insuperable, y el amplio margen de la discrecionalidad administrativa con la proposición de un mérito inescindible, ajenos a los principios y reglas constitucionales y el control material por el Poder Judicial<sup>34</sup>.

---

31. Se observa que, ante el orden global instituido, con la intensificación del fenómeno de integración, la Administración Pública se somete no sólo a un régimen jurídico en el ordenamiento patrio, sino a las normas de los organismos internacionales, las jurisprudencias de los entes jurisdiccionales supranacionales y los tratados multilaterales. El advenimiento de la internacionalización de los derechos humanos impone límites y condiciona su actuación y la integración regional, hace necesaria la armonización del Derecho comunitario, adecuando la estructura administrativa, a ese contexto, para actuar como agente de esos sistemas distintos. C. SUNFELD, «A Administração Pública na Era do Direito Global», *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol. 1, n.º 2, maio (2001), págs. 1-3 y 6-7.

32. Se rompe, por lo tanto, con el mito del surgimiento de la Administración Pública por la milagrosa sumisión de la burocracia estatal a la ley y a los derechos fundamentales. El modelo administrativo francés, donde la burocracia edita sus leyes y tiene su jurisdicción propia para juzgarla, es la propia antítesis de la separación de los poderes. Sobre el tema: G. BINENBOJM, *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006.

33. En la consolidación de un modelo patrimonialista marcado por el predominio de la corrupción, ha sido importante el nepotismo y la ineficiencia en la gestión estatal. Aunque en nuestra realidad administrativa, tenga lugar la transición iuspolítica del modelo burocrático hacia uno más abocado a la gestión, es posible comprobar que aún existen resquicios de este modelo, exteriorizados en la corrupción persistente, en las políticas paternalistas y en la ineficiencia de los servicios públicos. Sobre el tema, véase: R. FAORO, *Os Donos do Poder*, 15 ed., Editorial Globo, São Paulo, 2000; G. FREYRE, *Casa-grande e Senzala*, 39 ed., Record, Rio de Janeiro 2000 y E. Nunes, *A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático*, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1997.

34. En este contexto, curiosamente la revolución liberal cede ante el surgimiento de dos regímenes jurídicos distintos exteriorizados en una disciplina propia para la Administración Pública donde se otorgan prerrogativas sin equivalente en las relaciones privadas, y un complejo de normas para los individuos, cuya esfera de libertad



En este contexto, con la supremacía del Interés Público, se proclamó la superioridad del interés del grupo social, afirmando su prevalencia sobre el interés particular y confirmando un complejo de privilegios a la Administración Pública que la habilitaría para el desempeño eficiente en la persecución de los objetivos socialmente anhelados<sup>35</sup>.

Aunque la Administración Pública actúa bajo el influjo de intereses públicos, no se deriva de ello una ilimitada esfera de libertad en su definición, ni tampoco su precedencia abstracta sobre los intereses privados, en la concepción de un axioma, cuya presunta validez y posición jerárquica, haría dispensable el examen previo de su referencia en el ordenamiento jurídico<sup>36</sup>.

Falta la supremacía del interés público sobre el privado y los fundamentos jurídico-positivos de validez necesarios para un principio fundamental inminente, en razón de su descripción abstracta y referida prevalencia absoluta, así como de su incompatibilidad con otros postulados normativos, en particular, de la proporcionalidad y la concordancia práctica<sup>37</sup>.

Bajo la óptica constitucional debe considerarse no una jerarquía preexistente de supremacía del interés colectivo, sino una axiológica y elemental con el reconocimiento de la precedencia natural de los derechos y garantías fundamentales, permitiendo su excepcional restricción por el interés público siempre que esté justificada su limitación<sup>38</sup>.

Se invierte de esta manera la tensión promovida entre intereses públicos y privados por la imposición de la carga argumentativa de los intereses del grupo social que

---

de acción está restringida por aquellas sujeciones. F. GARRIDO FALLA, *Las Transformaciones Del Regime Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, págs. 44-45.

35. Se configura una jerarquía en la relación entre Administración Pública y administrados, que genera el conflicto entre el interés de la colectividad y el derecho del individuo la prevalencia del primero sobre otros. En la aplicación de la ley, corresponde al juez establecer el equilibrio entre los privilegios estatales y los derechos individuales, pero sin perder jamás la supremacía. H. L. MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 30 ed. atual por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. Malheiros, São Paulo, 2005, pág. 49.

36. Correspondía a uno de los cánones del Derecho público, en razón de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico y de su aceptación pacífica en la doctrina, que lo haría ajeno a cualquier limitación o temperamento por otros principios que componen el ordenamiento jurídico. C. MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 21. ed. rev. e atual., Malheiro, São Paulo, 2006, pp. 69-70.

37. Es evidente la incongruencia entre el principio de la supremacía del interés público sobre el privado que implica su superposición a cualquier interés y el principio de proporcionalidad que dirige la interpretación para la máxima realización de los intereses implicados, que resulta en la imposibilidad de la coexistencia de ambos postulados en el mismo sistema jurídico. H. ÁVILA, «Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular”», en Sarmento, Daniel (org). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*, Lumen Juris, Rio de Janeiro 2005, págs. 186-190.

38. Por lo tanto, en la colisión entre intereses públicos y privados, siendo los últimos derechos fundamentales, para saber su precedencia *prima facie*, sólo después de un examen atento en el caso concreto, fundado en el principio de proporcionalidad y mediante la demostración de las razones que justifiquen su pertinencia, permitirá afirmar la prevalencia del interés público sobre lo privado. Si el conflicto se refiere a derechos distintos de los fundamentales, se somete el procedimiento a la misma ponderación excepto que incurriendo en duda, prevalece la decisión adoptada por el poder público. D. SARMENTO, «Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional», en Sarmento, Daniel (coord.), *Interesses Públicos*, ob. cit., págs. 103 y 115.

deben ser capaces de sobrepasar los derechos individuales, en el examen del caso concreto con el empleo del principio de proporcionalidad y la observancia del papel central asumido por los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico<sup>39</sup>.

Con este desplazamiento del fundamento de la dogmática administrativa de la supremacía del interés público hacia la precedencia de los derechos fundamentales, las restricciones y privilegios concedidos en la realización de las finalidades estatales, ocasionan el surgimiento de un nuevo fundamento de validez bajo la óptica de una Administración Pública garante.

En cuanto a las clases de potestades públicas concedidas a los agentes estatales en razón de las tareas que les incumben realizar, las prerrogativas administrativas no se aplican igualmente en abstracto y con prevalencia absoluta, sino en la medida de su necesidad para la persecución del interés público y siempre en equilibrio con los derechos de los administrados<sup>40</sup>.

De este modo, se incide en la ponderación con los demás bienes y valores conflictivos, teniendo como foco la precedencia natural de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico y el sólido sistema de garantías proyectado por la Constitución, que buscan compensar la sujeción del administrado a las prerrogativas concedidas a Administración Pública<sup>41</sup>.

Por otro lado, discrecionalidad administrativa comprende el espacio de libertad decisoria concedida a la Administración Pública en la elección entre los conceptos jurídicos indeterminados, en la esfera de atribución concedida por la norma jurídica y de acuerdo con la formulación de los juicios de conveniencia y oportunidad promovidos<sup>42</sup>.

Aunque se añade la necesaria dinámica de la actividad administrativa, en un contexto de multiplicidad y complejidad de las demandas sociales que escapa a la previsibilidad del legislador, la existencia de un campo de elección en la actuación

---

39. La imposición de un argumento al derecho individual en su tensión con los intereses del grupo social se demuestra incompatible con un Estado Constitucional de Derecho marcado por la centralidad del hombre y la reconocida la fundamentalidad de sus derechos. Así, en el conflicto deben existir mayores razones para la solución exigida por los bienes colectivos que para las exigidas por los derechos individuales. H. AVILA, ob. cit., pág. 187.

40. Las prerrogativas administrativas con predominio de la excepción y de la exorbitancia del Derecho común son de origen francés inexistentes en el Derecho anglosajón, donde la Administración se sujeta a las mismas reglas y armas que los particulares para el cumplimiento de sus tareas. En nuestro ordenamiento jurídico, esos privilegios han sido utilizados, en particular, en el campo procesal, para reforzar la desigualdad en la relación entre Administración y administrado, inviabilizando la aplicación de la ley. Sobre o tema: M. BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, Saraiva, 2002, São Paulo, págs. 118-135.

41. Las garantías constitucionales forman un mecanismo que preserva la seguridad jurídica del administrado y constituyen en su esencia un poder general abstracto e irrenunciable cuyo ejercicio se convierte en un derecho subjetivo o interés legítimo en la relación singular que se forma entre el Estado y los administrados. J. C. CAS-SAGNE, *Derecho Administrativo*, tomo 3, 8 ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, pág. 25.

42. En este orden, se comprende el mérito administrativo de los juicios formulados por la Administración Pública acerca de la conveniencia, oportunidad, equidad y demás criterios utilizados en la decisión administrativa que son definitivos e incuestionables ante el Poder Judicial. M. DI PIETRO, *Da Discricionariedade Administrativa*, Atlas, 1990, São Paulo, pág. 92.

administrativa no representa la intangibilidad de su mérito a los límites impuestos por el ordenamiento jurídico<sup>43</sup>.

Hay fines esperados y exigibles de la actuación estatal, exteriorizados en la realización de los bienes e intereses fundamentales de la sociedad garantizados por la Constitución, inclusive, con la definición de prioridades y el gasto de los recursos estatales, que vinculan a los poderes públicos constituyendo en el espacio de su actuación límites objetivos inviolables<sup>44</sup>.

Se modifica, por lo tanto, la concepción de la discrecionalidad administrativa de una amplia esfera de elección en la persecución del interés público no sujeto a control por los poderes públicos hacia un campo de ponderaciones proporcionales y razonables entre los bienes e intereses constitucionales, sujeto a control ejercido por el Poder Judicial<sup>45</sup>.

Esto es importante para el estrechamiento del mérito administrativo por los procedimientos técnicos y jurídicos definidos por la Constitución o ley que permitan el ejercicio de la opción política capaz de garantizar la optimización del grado de legitimidad de la decisión administrativa con la integración dentro de los límites de su competencia a la atención del interés público<sup>46</sup>.

También implica la sumisión del espacio decisorio al haz de principios constitucionales, que orientan los juicios de valoración de la Administración con los criterios de razonabilidad e igualdad y, además, asegurando el sometimiento de la decisión administrativa al interés legal y el impedimento de su traducción en arbitrariedad<sup>47</sup>.

43. La libertad administrativa conferida por una norma de derecho no significa libertad de elección entre conceptos jurídicos indeterminados, sino la previsión del acto capaz de alcanzar la finalidad de la ley que tendrá su campo restringido las soluciones posibles de acuerdo con el caso concreto y adecuadas conforme al deber de buena administración. C. MELLO, *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*, Malheiros, São Paulo, 1992, págs. 44-48.

44. Hay casos en que la Constitución consagra de forma explícita los fines esperados, como ocurre con la obligatoriedad de la prestación universal de la educación fundamental y medicina de urgencia, de modo que condicionar su promoción a la discrecionalidad administrativa y conformación legislativa sería una violación de los derechos individuales y políticos, cuyo ejercicio presupone la garantía mínima del bienestar, que implica la realización de condiciones económicas y sociales básicas. Sobre el tema: E. MOURA, «Do Controle Jurídico ao Controle Social das Políticas Públicas: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais», *Revista de Direito Constitucional e Internacional* – IBDC, 77 (2011).

45. En este sentido, corresponde al Poder Judicial la corrección de la discrecionalidad, ajustando su conformidad con el Derecho, la racionalidad del discurso que la legitima, la atención al código de los valores dominantes y la proporcionalidad en la correlación lógica entre motivos, medios y fines, de forma que se preserve la elección del medio menos gravoso y proporcional a los fines a ser alcanzados. R. CUNHA, *A juridicização da discricionariedade administrativa*, Vercia, Salvador, 2005, pp. 168-172.

46. Siendo la discrecionalidad competencia encomendada a la Administración para integrar la voluntad de la ley o Constitución, corresponde a un residuo de legitimidad de la opción política, que tendrá alcanzada su legitimidad por su fundamentación y eficiencia, traducida en la mejor realización de los bienes e intereses socialmente anhelados. D. MOREIRA NETO, *Legitimidade e Discrecionalidade*, 3 ed., Forense, Rio de Janeiro, 1998, págs. 7-8 y 32-33.

47. La comprensión del Derecho como un sistema formado no sólo por reglas, sino también por principios de reconocida normatividad e incuestionable fuerza vinculante, impuso limitaciones al espacio decisorio discrecional que pasó a ser considerado como un espacio sujeto a ponderación, reservando en los casos difíciles, el equilibrio entre principios. P. BAPTISTA, ob. cit., pág. 91.

Además, el reconocimiento de la sumisión inmediata de la acción administrativa a la observancia de los preceptos constitucionales conduce a la superación de la clásica dicotomía entre actos vinculados y discrecionales con el redimensionamiento de la acreditación de todos los actos administrativos a cierto grado de juridicidad, definido por el establecimiento de criterios en vista del criterio del equilibrio entre los poderes<sup>48</sup>.

Se propone una menor vinculación a la juridicidad con rasa injerencia judicial en los actos donde haya predominio de la especialización técnico-funcional de la burocracia o acentuado lastre político de la materia, y mayor control por el Poder Judicial en aquellos actos capaces de imponer restricciones a los derechos fundamentales<sup>49</sup>.

La erradicación de las normas constitucionales al régimen jurídico-administrativo abarca también la reorientación de la persecución estatal a la promoción de los derechos y garantías fundamentales reordenando la relación entre la Administración Pública y el administrado al eje nodal en la dignidad de la persona humana y el protagonismo de los derechos del hombre en el ordenamiento jurídico<sup>50</sup>.

Como se ha adelantado, se asentó la dogmática administrativa en un modelo formal subordinado de relación entre Administración Pública y el administrado de naturaleza notoriamente unilateral, subordinado y esporádico con el predominio de la coerción y de la exclusividad estatal en la definición y persecución de los intereses sociales y equidistancia y jerarquía en relación con los intereses particulares<sup>51</sup>.

Con ascenso axiológico de los derechos fundamentales, se aprehende un nuevo orden consensuado de relación entre Administración y ciudadano, con un carácter eminentemente multilateral, coordinado y continuo, basado en la centralidad del individuo y en la ampliación de los espacios que propicien su participación en la gestión pública y la durabilidad de las relaciones administrativas<sup>52</sup>.

48. Reconocida que la discrecionalidad no es campo inmune a la jurisdicción se define la densidad del control mediante el establecimiento de criterios de una dinámica distributiva de tareas y responsabilidades entre la Administración Pública y el Poder Judicial. A. KRELL, *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um Estudo Comparativo*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2004, pág. 45.

49. Se preserva, por lo tanto, el principio democrático evitando una indeseable judicialización administrativa y se garantiza la protección de los derechos fundamentales en su conjugación con los intereses colectivos y la creación de restricciones desproporcionadas o irrazonables. Sobre el tema, vide: G. BINENBOJM, *Uma Teoria*, ob. cit., capítulo V.

50. La centralidad asumida por los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico produce una inversión epistemológica fundamental que hace al ser humano protagonista del Derecho administrativo y al Estado, instrumento para su realización, extrayendo la legitimidad de su actuación en la medida de la realización de estos derechos. M. JUSTEN FILHO, «O Direito Administrativo de Espetáculo», *Fórum Administrativo Direito Público. Belo Horizonte*, año 9, n 100, (2009), págs. 150-152.

51. La Administración Pública de irradiación jerarquizada y lineal comienza a presentar agotamiento de sus formas de actuación coercitiva en el campo de la gestión de los intereses públicos con la inviabilidad de atención de las múltiples demandas sociales de la creciente complejidad de la sociedad. D. MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Administrativo*, 2 ed. atual e ampla, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, págs. 26-27.

52. Con el protagonismo del individuo en el ordenamiento jurídico, la Administración Pública tiende al centro de convergencia de intereses y de dignificación de la persona humana, elevando al administrado a la condición de ciudadano y sustituyendo el modelo autoritario de gestión pública para la ordenación de los múltiples inte-

Bajo este paradigma, se conduce al realineamiento de los niveles de concentración del poder público en la persecución de los intereses sociales mediante la subsidiariedad de la actuación estatal y la intervención primaria de las organizaciones privadas en las actividades que no demanden en razón de la complejidad o no necesiten una acción estatal concentrada e imperativa<sup>53</sup>.

Abarca en otro ángulo, la expansión de la participación de los ciudadanos en el proceso de formación de la decisión administrativa, que implica desde la apreciación de sus legítimas expectativas acerca de la actuación estatal hasta las deliberaciones colectivas promovidas en el ámbito de la Administración Pública o la provocación de los órganos de control, racionalizando y legitimando la gestión pública<sup>54</sup>.

En los juicios discrecionales en la Administración Pública se hace referencia en aquellos de los juicios discrecionales en la Administración Pública que se convierten en instrumentos de decisiones consensuadas y prospectivamente responsables, evitando arbitrios, casuismos e ineficiencia en la persecución del interés social cuando se construyen a partir de la manifestación del individuo, en especial con el empleo de la previsibilidad técnica<sup>55</sup>.

Sin embargo, la constitucionalización del derecho produce un reflejo peculiar en el ámbito del régimen administrativo al promover la relectura de los principios generales bajo la óptica de las normas constitucionales, adecuando su comprensión a la nueva postura central del hombre en el ordenamiento jurídico y la dimensión sustantiva de la democracia. El tema se abordará a continuación.

#### IV. RELECTURA DE LOS PRINCIPIOS ADMINISTRATIVOS

Bajo la égida del neoconstitucionalismo, la dogmática jurídica se centra en el reconocimiento de la normatividad de los principios y de su papel central en el sistema jurídico, garantizando además de su dimensión ética la aplicabilidad directa e

reses sociales mediante la participación de ese individuo influenciando y persuadiendo la toma de decisiones. P. BAPTISTA, ob. cit., págs. 128-130.

53. Considerado el interés público un haz de intereses colectivos e individuales, se propone la subsidiariedad en su atención en razón de la complejidad, con mayor importancia del individuo en la realización de tareas públicas y en la satisfacción de los intereses sociales. Así, corresponde principalmente a los individuos la actuación en la realización de sus intereses individuales, a los grupos sociales las actividades relativas a sus intereses restringidos y a la sociedad civil, como un todo por la atención de la realización de los intereses generales. D. MOREIRA NETO, *Mutações*, ob. cit., págs. 20-21.

54. Comprende, por lo tanto, el ejercicio de la ciudadanía en el ámbito administrativo, mediante la participación en el proceso de promoción de los intereses sociales en los niveles de distribución de los bienes materiales e inmateriales indispensables a la sociedad, de forma que se atribuya racionalidad, legitimidad y eficiencia a la actuación estatal. W. MARTINS JUNIOR, *Transparência Administrativa, Publicidade, Motivação e Participação Popular*, Saraiva, São Paulo, 2004, págs. 298, 304 y 331.

55. La participación de sujetos que puedan tener diferentes perspectivas de resolución, a veces, con conocimientos específicos sobre el tema, mejora la calidad de las decisiones administrativas por la mejor comprensión de la dimensión y posibles soluciones del problema, además de permitir con la apertura del proceso decisorio a los diversos actores sociales, mayor facilidad de aceptación por sus destinatarios. M. SILVA, *Em busca do Acto Administrativo Permitido*, Almedina, Coimbra, 1998, pág. 402.

inmediata en el caso concreto, así como, se apoya en su distinción cualitativa con las reglas, rescatando la primacía de valores en el orden constitucional<sup>56</sup>.

En la órbita administrativa, la incidencia de los preceptos constitucionales fundamentales produce un proceso de redimensionamiento de los principios generales administrativos, adecuándolos a los valores fundamentales del ordenamiento jurídico y las transformaciones paradigmáticas de esta rama jurídica, que erigen los pilares de un Derecho Administrativo posmoderno<sup>57</sup>.

Comprende el régimen administrativo proposiciones normativas esenciales que informan y orientan la unión general de sus figuras y categorías para preservar la unidad, racionalidad y coherencia sistemática de la ciencia, entre los cuales extraemos el principio de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia para analizarlos brevemente.

Desde el advenimiento del Estado Liberal, se ha empleado la legalidad como vinculación del acto estatal a la legislación emanada por el poder competente según las prescripciones formales independientes del grado de adecuación material a la voluntad de sus titulares y los eventuales límites de la representatividad, como parámetro para medir la aportación jurisdiccional de la Administración Pública<sup>58</sup>.

Sin embargo, el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución con la consolidación de su supremacía jerárquica y axiológica en el ordenamiento jurídico, así como el advenimiento de la pluralización de las fuentes normativas redimensionan la juridicidad más allá del fundamento positivista, adecuando la expansión del Derecho más allá de la ley y dando nueva configuración al principio de legalidad<sup>59</sup>.

Con la elevación de la Constitución al parámetro de validez formal y material de todos los actos y normas que componen el ordenamiento jurídico, la legalidad pasa a corresponderse, en primer grado, con la compatibilidad de los actos oriundos de la

---

56. Se inserta, por lo tanto, en la aproximación entre Derecho y Ética propuesto por el post-positivismo que, inspirada en la teoría de la justicia y de la legitimidad democrática, propone la coronación de los valores en la interpretación jurídica, la rehabilitación de la razón práctica y de la argumentación jurídica y el desarrollo de una teoría de los derechos fundamentales construida sobre la dignidad de la persona humana. Sobre el tema: L. BARROSO, «Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo», en R. Quaresma y M. Oliveira, *Direito Constitucional Brasileiro: Perspectivas e Controvérsias Contemporâneas*, Forense, Rio de Janeiro, 2006, págs. 49-61.

57. Se trata del principal reflejo de la constitucionalización del Derecho administrativo la influencia de los nuevos principios constitucionales que ocasionan la atracción del Derecho administrativo a la zona de irradiación del constitucionalismo moderno, que funda su régimen en valores como democracia, dignidad de la persona humana y moralidad, y volviendo a su actuación la realización de los intereses del ciudadano. P. BAPTISTA, ob. cit., pág. 88.

58. Se restringe, por lo tanto, la actuación administrativa a la previa prescripción o autorización legal, independiente del contenido del diploma legal, aunque producido por un régimen de dudosa legitimidad o con patente violación de los derechos de la propia sociedad. Es clásica la lección de Hely Lopes Meirelles, según quien a los particulares les es lícito hacer todo lo que la ley no prohíbe mientras que a la Administración Pública sólo está permitido hacer lo que la ley autoriza. H. L. MEIRELLES, ob. cit., págs. 88.

59. Concurren, por lo tanto, con la crisis de la concepción liberal del principio de legalidad resultante entre otros, por la inflación legislativa y el ascenso de la sociedad de conocimiento que amplía la complejidad de las demandas sociales y la demanda de celeridad en la persecución del interés público. Sobre el tema: R. OLIVEIRA, *A Constitucionalidade do Direito Administrativo: O Princípio da Juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras*, Lumen Juris, 2009, Capítulo II.



Administración Pública con la carta magna y no con la carta magna o con la especie normativa próxima<sup>60</sup>.

Se observa, por lo tanto, una vinculación directa e inmediata de la actividad administrativa a la Constitución independiente de la conformación legislativa, sin que resulte en la exclusión como parámetro de validez de la actividad administrativa la reglamentación dada por el legislador ordinario a través de la ley o de las demás especies normativas adecuadas<sup>61</sup>.

La Administración Pública permanece adscrita a la legislación en grado superior, pues no puede, dado que encuentra fundamento directo en la ley fundamental y su supuesta aplicación optimizada, desvincular la actuación administrativa más allá de los dominios de la ley o eventualmente ser contraria a sus prescripciones<sup>62</sup>.

La ley pierde el estatus de fuente normativa única de juridicidad, para asumir el papel de especie normativa privilegiada en un dominio fraccionado por la normatividad complementaria, esto es, por un complejo de normas editadas por la propia Administración Pública, dentro del campo normativo trazado por el legislador o de la competencia de los órganos autónomos<sup>63</sup>.

Se agrega a la legalidad revisada de valores materiales, la legitimidad como indisociable proyección del principio democrático, para exigir de la actuación de la Administración Pública no sólo su conformidad con el ordenamiento jurídico globalmente considerado, sino también con la voluntad emanada de la sociedad definido de manera plural<sup>64</sup>.

60. Esto representa la sustitución del parámetro de juridicidad, es decir, de la reserva vertical de la ley por la reserva vertical de la Constitución. En este contexto, la introducción por la enmienda constitucional núm. 45 de 2004 del efecto vinculante resumido por el Tribunal Supremo Federal para la Administración Pública, demuestra que la Constitución pasa a ser el fundamento primero de validez de la actividad administrativa, y no el último, después de la compatibilidad con el decreto, reglamento o demás que lo propició. J. J. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 836.

61. En el última instancia, la concesión al agente administrativo de una ampliación de su margen de discrecionalidad, de modo que pueda suponer bajo la falsa alegación de aplicación de la Constitución, una burla a la obligatoriedad de la ley, con base en el eventual desinterés político en la realización del interés público en ella colmado, afectando, por consiguiente, la seguridad jurídica, derivada del carácter general, abstracto y obligatorio de la ley, al asegurar la previsibilidad de las conductas y estabilidad de las relaciones sociales. P. OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 735.

62. El desplazamiento de la Constitución al centro del ordenamiento jurídico no puede importar en la ocupación de todo el espacio jurídico en el Estado Democrático de Derecho. No es posible que, ante el Principio Democrático, la Administración haga una óptima aplicación de la Constitución con la ponderación directa entre sus valores, en detrimento de la norma infraconstitucional sin que importe en sustracción de la legitimidad conferida por el pueblo al legislador la editó, así como como violación al sensible equilibrio de los poderes, en razón de la injerencia indebida en la función típicamente afectada a ese poder orgánico. L. BARROSO, *A Reconstrução*, ob. cit., pág. 38.

63. En la constelación de normas editadas por la Administración Pública para regular las materias originariamente de marea de la competencia legislativa mediante delegación, conserva la ley su primacía en la vinculación de la Administración Pública, bajo la égida de la Constitución. En este sentido: D. MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Público*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, pág. 39.

64. Con las transformaciones ocurridas en la concepción de la legalidad y la percepción de áreas de la actividad administrativa que escapan del dominio de la ley formal, la legitimidad de la Administración Pública que antes permanecía circunscrita a la propia ley editada según las prescripciones formales se vuelve insuficiente, siendo

Desde una primera perspectiva, la legitimidad se construye a partir de un contexto abierto, libre e igualitario de deliberación pública, donde todos los ciudadanos puedan participar con iguales capacidades para influir y persuadir en las decisiones administrativas, garantizando una mayor legitimidad y racionalidad en la gestión pública<sup>65</sup>.

Desde una segunda perspectiva, la legitimidad es evaluada por los resultados producidos en el ejercicio de la actividad administrativa, a partir de la necesaria coincidencia entre los intereses públicos obtenidos en el marco de la deliberación con la sociedad y el desempeño mínimamente eficiente de sus agentes en la persecución de sus respectivos intereses<sup>66</sup>.

Se redefine también la juridicidad a partir de la confluencia de la ilicitud mientras se construye de manera objetiva y precisa la moralidad administrativa como una moral de resultados, exteriorizada en el comportamiento ético exigido del agente en la consecución de las finalidades colmadas por la sociedad, y no la moral de las intenciones, de índole común y sin fuerza<sup>67</sup>.

Su irradiación por la ciencia administrativa fundamenta la prudencia fiscal manifestada en el estándar de observancia obligatoria en la gestión de los recursos de la sociedad, que impone un alto grado de cuidado y moderación en los gastos públicos, así como su asignación moralmente adecuada a la protección y promoción de los derechos fundamentales<sup>68</sup>.

Se amplía la comprensión de la moralidad administrativa, como un complejo de reglas de conductas y principios éticos extraídos de la disciplina de la Administración Pública que deben observarse en la persecución del interés público, así como, los deberes anexos de lealtad y buena fe que deben respetarse en su actuación en relación al administrado<sup>69</sup>.

---

necesarios nuevos fundamentos capaces de garantizar el fundamento de su actuación. P. BAPTISTA, ob. cit., págs. 112-116.

65. Esto porque, el intercambio de argumentos y contraargumentos racionaliza y legitima la gestión de la res publica, pues si determinada política logra superar las críticas formuladas por los demás participantes de la deliberación, de inicio puede ser considerada legítima y racional. Sobre el tema, véase: C. SOUZA NETO, *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, Capítulo III.

66. La legitimidad de cualquier sistema iuspolítico se basa en su eficiencia en la satisfacción de los intereses de su grupo social. En la Administración Pública, donde la discrecionalidad administrativa representa un residuo de esa legitimidad, las opciones legítimas se traducen en el deber de buena administración, o sea, en la elección de los medios que produzcan mejores resultados en atención del interés público. D. MOREIRA NETO, *Legitimidade*, ob. cit., págs. 25-26 y 76.

67. Corresponde a la ilicitud el fundamento moral de la juridicidad, que busca aproximarse al orden jurídico del concepto ideal de justicia, incorporando una dimensión ética al Estado Democrático de Derecho. D. MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Público*, ob. cit., pág. 34, y *Mutações de Direito Administrativo*, ob. cit., pág. 75.

68. La injusticia administrativa se configura como una especie de inmoralidad administrativa moralmente calificada, ya que, aunque fundamente la anulación del acto lesivo, la imposición de las sanciones se definirá de acuerdo con el grado de lesión del acto a la moralidad administrativa. D. MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Público*, ob. cit., 32.

69. En la relación con el administrado importa en la prohibición de cualquier conducta astuta o maliciosa producida de manera que confunda, dificultar o minimizar el ejercicio de los derechos del ciudadano, inclusive, con la modificación de orientaciones firmadas por la Administración Pública competente, sin previa y pública noticia con el fin de sancionar o agravar la situación de los administrados. C. MELLO, ob. cit., págs. 115-116.

Con la reaproximación del Derecho y de la Ética exteriorizada en la creciente tutela de los valores morales por los preceptos constitucionales<sup>70</sup> y la previsión de instrumentos de procedimiento de su garantía<sup>71</sup>, se amplía la dimensión ética de la moralidad administrativa, guiando la actuación estatal con parámetros como la razonabilidad y la justicia<sup>72</sup>.

La orientación y la dirección de la actividad administrativa preservan también los derechos fundamentales incidentes en su relación con el administrado, y garantizan la adecuada promoción de la buena administración mediante la sujeción de los poderes públicos a la sumisión de los preceptos ético-normativos en el ejercicio de sus actividades<sup>73</sup>.

El principio de impersonalidad se refiere a la inclusión de la acción administrativa a la finalidad pública, prohibiendo la distinción de trato entre los administrados que se encuentren en situaciones jurídicas idénticas y la persecución de intereses privados. Asimismo, se impone la imputabilidad de los actos emanados de sus agentes al órgano de la Administración Pública<sup>74</sup>.

En este contexto, la creación de agencias reguladoras promovió la ruptura del binomio político-administrativo<sup>75</sup> por el diseño de una neutralidad política en la Administración Pública, que permite basándose en la técnica, conseguir un mayor grado de eficiencia, racionalidad y legitimidad a la persecución del interés público, superando las limitaciones del sistema fundado en la política.

70. La Constitución establece numerosos principios y reglas que consagran la moralidad, entre ellos principios fundamentales (dignidad de la persona humana, la prevalencia de los derechos humanos, la defensa de la paz...), derechos fundamentales (prohibición de la tortura y el trato inhumano, prohibición de asociación para fines ilícitos...) normas de organización (pérdida de mandato por falta de decoro parlamentario) entre otros.

71. Se destacan la acción popular para anular el acto lesivo a la moralidad administrativa, el mandato de seguridad contra el abuso de poder, suspensión de los derechos políticos por acción de improbidad administrativa, la denuncia de irregularidades a los Tribunales de Cuenta sobre irregularidades, ilícitas o inmorales, en la gestión pública, impeachment del Presidente de la República que atenten contra la probidad de la Administración entre otros.

72. Corresponde a la moralidad, que impone a la Administración no sólo el estricto cumplimiento de la legalidad, sino el ejercicio de sus deberes y prerrogativas guiado por parámetros de razonabilidad y justicia, de modo que esté regulado e informado por los principios éticos. S. FERREIRA, *Comentários à Constituição*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1991, págs. 89-90.

73. Aunque el modelo liberal propuso la democratización del poder, se observó con la sumisión de la Administración Pública al derecho, el alejamiento de los ciudadanos en las decisiones políticas con fortalecimiento de la burocracia y la democracia indirecta, lo que ocasionó el alejamiento de las decisiones públicas de los principios morales. Se propone con la vuelta kantiana ese acercamiento del derecho con los valores de la ética y la justicia y la respectiva sumisión de los poderes públicos. P. BRAGA, *Ética, Direito e Administração Pública*, 2 ed. rev. e atual, Senado Federal, Brasília, 2006, Capítulo V.

74. Se trata también del ejercicio de la acción administrativa, de modo que reconozca la validez de los actos practicados por un agente irregularmente invertido en el cargo o función, una vez que, pertenecen a la Administración Pública siendo emanados del órgano y no del sujeto administrativo M. DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 14 ed., Atlas, São Paulo, 2002, págs. 64-65.

75. La expresión se debe al profesor Diogo de Figueiredo Moreira Neto que se refiere en el Derecho comparado a la tendencia de creación de entes políticamente neutros en la pirámide político-burocrática del Estado. D. MOREIRA NETO, *Direito Regulatório: A alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de Relações Setoriais Complexas no Estado Democrático*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003, págs. 159-166.

El paradigma de la neutralidad se limita no sólo a la regulación económica, sino que tiene aplicación en el ejercicio de la actividad administrativa, permitiendo la resolución de cualquier conflicto de interés, la asunción de una posición valorativa de simultánea e igual consideración de todos los intereses en presencia en cumplimiento del valor de la justicia y las reglas de juego<sup>76</sup>.

Con el fenómeno de complejidad y multiplicidad de las funciones públicas, se impone una acción administrativa más justa y la necesidad de la garantía de estabilidad en la función pública, que permite la actuación de los agentes permanentes independientes de las presiones políticas de un gobierno transitorio, garantizando la persecución eficiente del interés público<sup>77</sup>.

Se refiere al principio de la publicidad, el deber de amplia divulgación de los actos emanados por la Administración Pública por los diversos medios de comunicación disponibles para garantizar a los ciudadanos el ejercicio del control de legitimidad de los agentes administrativos y de eficiencia de la promoción de los bienes y servicios esenciales de la sociedad<sup>78</sup>.

Bajo la irradiación del principio democrático, la transparencia administrativa se erige como un principio que trasciende el mero deber formal de información, y conduce a la visibilidad de la actuación estatal y a la efectividad de la participación popular en la deliberación pública acerca de los intereses socialmente anhelados<sup>79</sup>.

En este contexto, la transparencia de los actos estatales se erige como instrumento capaz de lograr mediante la publicidad en la gestión pública el debate político<sup>80</sup>, el fortalecimiento sociocultural de la ciudadanía y el fomento de la participación popular,

76. Se observa que la neutralidad no impone al Estado actitudes de abstención, sino propiamente una conducta de exención en la valoración de los intereses en conflictos. J. B. MACHADO, *Participação e Descentralização: Democratização e Neutralidade na Constituição de 1976*, Almedina, Coimbra, 1982. pág. 145. Sobre o tema, vide todavía: E. MOURA, «Agências, Expertise e Profissionalismo: O Paradigma da Técnica na Administração Pública Contemporânea», *Revista de Direito Administrativo – Fundação Getúlio Vargas*, 254 (2010).

77. El insulto a la Administración pública, como actividad continua y orientada a la satisfacción de los intereses públicos de las presiones políticas del gobierno en ejercicio, cuyos intereses son modificados de acuerdo con los partidos políticos en el poder, es una de las grandes dificultades de la democracia moderna. Según señala Garrido Falla, la necesaria neutralidad administrativa sólo puede obtenerse mediante la profesionalización de la función pública con el acceso condicionado al sistema de méritos. F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1994, v 1-2, págs. 60-62.

78. Corresponde a un deber que vincula, no sólo a las Administraciones, sino a cualquier otra que se encargue de la gestión de los intereses públicos, excepto en las hipótesis de secreto en que la eventual excepcionalidad de la situación y los riesgos de eventual divulgación pueden acarrear riesgos, permitiendo que, en la ponderación constitucional entre la información y el derecho del secreto e intimididad, se preserven estos los últimos valores. J. CARVALHO FILHO, *Direito Administrativo e Administração Pública*, 17 ed. rev., atual e ampla., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, págs. 21-22.

79. Corresponde, por lo tanto, al principio íntimamente ligado a la propia concepción de Estado Democrático de Derecho, que busca conseguir la efectividad en el ejercicio de los derechos políticos mediante la visibilidad de los actos practicados por los poderes estatales. W. MARTINS JÚNIOR, *Transparência Administrativa: Publicidade, Motivação e Participação Popular*, Saraiva, São Paulo, 2004, pág. 7.

80. Sólo con el conocimiento de las informaciones referidas a la elaboración y ejecución de los planes gubernamentales, así como de la estructura y modo de actuación de los órganos político-administrativos involucrados es posible realizar el control social permitiendo que los ciudadanos puedan influir en la acción estatal. H. S. MILESKI, «Controle Social: Um Aliado do Controle Oficial», *Interesse Público*, 36 (2006), pág. 87.

así como el perfeccionamiento de la gestión estatal y de los instrumentos jurídicos de control social<sup>81</sup>.

Finalmente, el principio de eficiencia comprende también el deber de mejor realización de la gestión de los intereses públicos por la Administración Pública para garantizar la plena satisfacción de los derechos de los ciudadanos con los menores costes posibles para la sociedad, en cumplimiento de los preceptos de neutralidad, ética y transparencia<sup>82</sup>.

Con el reconocimiento de la aplicación inmediata y directa de los preceptos constitucionales, se consolida en la dogmática constitucional un nuevo plan de análisis normativo. La eficacia impone una mayor aproximación entre el deber del ser normativo y el ser de la realidad social, imponiendo en la interpretación la elección de la alternativa que garantice la actuación de la voluntad constitucional<sup>83</sup>.

En este sentido, la eficiencia debe ser comprendida como la efectividad que debe alcanzarse en el campo político-administrativo —a través de su actuación en las relaciones multilaterales de nivel global, regional y bilateral—; —económico— a través del incremento en la producción de bienes y servicios y —social— con la producción de servicios públicos con celeridad y calidad<sup>84</sup>.

Esto impone el empleo de técnicas administrativas modernas con racionalización del empleo de los recursos disponibles para la Administración Pública, mediante la modernización de sus estructuras, la gestión responsable de los bienes públicos y el perfeccionamiento y calificación de sus agentes con la constante evaluación de la celeridad y la economía alcanzando la corrección de las distorsiones en la acción administrativa<sup>85</sup>.

## V. CONCLUSIONES

El constitucionalismo contemporáneo como instrumento que ordena y conforma la realidad político-social, ha tenido una importancia fundamental en la consolidación

81. En el marco de las políticas públicas, donde se evalúa su implantación y control de la eficiencia de los procesos y resultados en el ofrecimiento de los bienes e intereses socialmente deseados, mediante la puesta a disposición por los poderes públicos del acceso a la información y los datos obtenidos ayuda en la promoción de la responsabilidad de sus agentes. Sobre el tema: E. MOURA, «Políticas Públicas, Controle Social e Orçamento Participativo», *Revista de Direito Tributário*, 114 (2011).

82. Se refiere a la eficiencia el direccionamiento de la actividad y de los servicios públicos a la efectividad de los bienes comunes, mediante la observación de la neutralidad, la ética transparencia, así como, en la participación y aproximación de los servicios públicos de la población, que impone la desburocratización y la búsqueda de la calidad. A. MORAES, *Reforma Administrativa*, 4 ed., Atlas, São Paulo, 2000, págs. 34-36.

83. El tema tiene su origen en la doctrina brasileña de la efectividad, un movimiento jurídico-académico que trató de elaborar las categorías dogmáticas de la normatividad constitucional y superar entre otras cuestiones la inseguridad normativa que vigila en el país. Se ve por todos, su más notable percusión: L. BARROSO, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, 7 ed., Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

84. En el paradigma de la efectividad se busca la producción de resultados legítimos y eficientes, esto es, el postulado que rige la conducta interna de la Administración Pública es su sujeción a la evaluación en función de la satisfacción de los legítimos anhelos y expectativas de los ciudadanos en la realización de los bienes e intereses constitucionales. D. MOREIRA NETO, *Quatro*, ob. cit., pág. 103.

85. En este contexto, se presentan conexos a la gestión responsable y el control del desempeño como forma de garantizar la eficiencia en la actividad administrativa. J. COUTINHO, *Gestão Patrimonial na Administração Pública*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, págs. 34-35.

de las transformaciones que experimenta la dogmática administrativa, ayudando en la construcción de los pilares fundamentales de un Derecho Administrativo posmoderno adecuado al estado actual de la sociedad y del Estado de Derecho<sup>86</sup>.

Con el reconocimiento de la supremacía axiológica de la Constitución y el nuevo *status* de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico, se origina el proceso de aprehensión del sistema bajo la óptica de la Constitución, que permite la realización de los bienes y valores fundamentales transmitidos mediante la irradiación de las reglas y principios constitucionales sobre las normas, institutos y categorías jurídicas.

En la órbita administrativa, la constitucionalización del Derecho, opera en un escenario donde la existencia de una disciplina instrumental, estructural y finalista de la Administración Pública en la Constitución y las sucesivas reformas administrativas para la implantación de un modelo gerencial, corroboran la alineación del régimen administrativo con los valores constitucionales.

Desde una primera perspectiva, la disciplina administrativa basada en la supremacía del interés público sobre el privado cede espacio en razón de la inexistencia de fundamentos jurídico-positivos de validez y su incompatibilidad con otros postulados normativos, al reconocimiento de la precedencia natural de los derechos fundamentales, permitida su excepcional restricción cuando esté justificada.

En efecto, las prerrogativas concedidas a la Administración Pública tienden a encontrar nuevo fundamento de validez exteriorizada en la medida de su necesidad a la persecución del interés público y desde que, en equilibrio con los derechos de los administrados, sujeta a su incidencia la ponderación con los demás bienes y valores conflictos.

Desde una segunda perspectiva, la dogmática estructurada sobre la concepción de la amplia esfera de discrecionalidad administrativa e intangibilidad del mérito se transforma ante la existencia de fines esperados y exigibles de la actuación estatal, en un campo de ponderaciones proporcionales y razonables entre los bienes e intereses constitucionales, sujeta a control ejercido por el Poder Judicial.

En consecuencia, se supera la clásica dicotomía entre actos vinculados y discrecionales con el redimensionamiento de la totalidad de los actos administrativos a la juridicidad, en menor grado cuando se refiera la materia correspondiente a la especialización técnico-funcional o con acentuado lastre político, o mayor grado, cuando se refiera a restricciones a los derechos fundamentales.

En un tercer prisma, la constitucionalización del régimen jurídico-administrativo también afecta a la sustitución de la concentración por la subsidiariedad en la persecución del interés público y en la expansión de la participación de los ciudadanos

---

86. La estructura teórica del Derecho administrativo se remonta a las construcciones del siglo XIX como el principio de legalidad, discrecionalidad administrativa y otros institutos, ignorando las transformaciones ocurridas por el Estado en el siglo XX en un contenido que permanece vinculado a una realidad sociopolítica que ya dejó de existir y agrava el desajuste entre las viejas categorías y las reales expectativas de las sociedades contemporáneas en relación a la Administración Pública. G. BINENBOJM, *Temas*, ob. cit., pág. 5.



en los procesos de formación de la decisión administrativa reorientando la actividad administrativa a los derechos esenciales para el hombre.

Sin embargo, esta constitucionalización produce un reflejo peculiar en el marco de las proposiciones normativas esenciales que componen el régimen administrativo al promover la relectura de los principios generales bajo la óptica de la Constitución, adecuándolos a la dimensión sustantiva de la democracia y el protagonismo del hombre en el orden jurídico. En el principio de legalidad, corresponde a la superación de una concepción liberal de vinculación estricta a la ley emanada según las prescripciones legales, para una visión de la juridicidad revisada por valores materiales, exigiendo de la actuación administrativa la conformidad con la voluntad emanada de la sociedad pluralmente y la moral de los ciudadanos resultados en la consecución de las finalidades colmadas por la sociedad.

En el principio de la moralidad importa la ampliación de su dimensión ética, guiando la actuación estatal por parámetros como razonabilidad y justicia, en razón de la reaproximación del Derecho y Ética exteriorizada en la creciente tutela de los valores morales por los preceptos constitucionales con la previsión de instrumentos procesales de garantía, así como la centralidad de los derechos fundamentales.

En el principio de la impersonalidad corresponde a su conversión en neutralidad, permitiendo en la resolución de cualquier conflicto de interés, la asunción de una posición valorativa de simultánea e igual consideración y todos los intereses en presencia en cumplimiento del valor de justicia y las reglas de juego.

El principio de la publicidad se refiere al deber de amplia divulgación de los actos emanados por la Administración Pública por los diversos medios de comunicación disponibles para garantizar a los ciudadanos el ejercicio del control de legitimidad de los agentes administrativos y de eficiencia de la promoción de los bienes y servicios esenciales la sociedad.

Por último, el principio de eficiencia comprende el deber de adecuación de los resultados a la legitimidad y eficiencia, permitiendo alcanzar la efectividad en la realización de las normas constitucionales, mediante el ofrecimiento de bienes y servicios fundamentales a la sociedad con celeridad y calidad alcanzados precipitadamente con la profesionalización y participación en la acción administrativa.